



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

CRÍTICA A LA DOCTRINA  
JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL SOBRE LA  
POSICIÓN PREFERENTE DEL  
DERECHO DE ACCESO A LA  
INFORMACIÓN EN ENTIDADES  
PÚBLICAS

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN. II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. *Especial significación política del derecho de acceso a información pública.* 2. *Posición preferente del derecho de acceso a información pública.* III. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA POSICIÓN PREFERENTE. 1. *Todos los derechos constitucionales tienen un mismo rango.* 2. *No existen los supuestos controles más intensos.* 3. *Causas de la desaparición de la presunción de constitucionalidad.* A) La significación del derecho como derecho constitucional. B) La finalidad del derecho de acceso a la información pública. C) Justifica y prueba quien alega la limitación del derecho. IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

No han sido pocas las oportunidades en las que el Tribunal Constitucional peruano ha apelado a la doctrina de la *posición preferente* para resolver un supuesto conflicto entre derechos fundamentales. Lo ha hecho, por ejemplo, cuando planteaba las cuestiones que conocía como un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad. Lo ha hecho también para predicarla del derecho de acceso a la información en entidades públicas, reconocido en el artículo 2.5 de la Constitución peruana (CP). Por ahora, y como se tendrá oportunidad de estudiar, las declaraciones del Tribunal Constitucional no han ido más allá de reconocer de manera general este valor superior del mencionado derecho, sin que aún haya tenido la oportunidad de haberlo *puesto por encima* de otro derecho o libertad constitucional no preferida.

Precisamente, para alertar de los presupuestos constitucionalmente incorrectos de los que parte esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y para advertir de las situaciones de inconstitucionalidad y de injusticia que de la aplicación de esa línea jurisprudencial se pueden derivar, es que se ha planteado el estudio en este artículo de la llamada posición preferente del derecho de acceso a la información en entidades públicas.

Son muchas las interrogantes que surgen de esta doctrina jurisprudencial ¿Qué significa? ¿Cuáles son las causas y cuales las consecuencias que originan esa posición preferida? ¿Prevalcen realmente unos derechos sobre otros? A continuación se intentará dar respuesta a estas cuestiones, y se hará partiendo de la doctrina jurisprudencial que tiene formulada el Supremo intérprete de la Constitución peruana para desde ahí, formular las carencias e incongruencias que la referida doctrina presenta.

## II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. *Especial significación política del derecho de acceso a información pública*

Dentro del razonamiento del Tribunal Constitucional, al igual que ocurría con otros derechos como las libertades de expresión e información<sup>1</sup>, el derecho constitucional de acceso a la información en entidades públicas (artículo 2.5 CP) tiene una especial posición jurídica que lo colocaría por encima de otros derechos o bienes constitucionales dentro del

<sup>1</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas cuestiones que genera la vigencia conjunta de las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad.* Revista Peruana de Jurisprudencia 40, junio 2004, ps. CI-CXXXVIII.



ordenamiento constitucional peruano. Ha manifestado el Alto Tribunal de la Constitución que el referido derecho es un elemento especialmente importante para la existencia y consolidación de un Estado como democrático. Y lo ha hecho en la medida que ha reconocido que con su ejercicio se fomenta la existencia de una verdadera opinión pública libre, base imprescindible para el asentamiento de un verdadero régimen democrático.

Así, tiene declarado el Supremo intérprete de la Constitución que “el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático [pués], el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1º de la Constitución), sino también *un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública*”<sup>2</sup>.

La información contenida en las distintas bases de datos de los órganos públicos puede ser considerada como un *bien público* y como tal, debe estar a disposición del público en general. De esta manera se posibilita “la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración Pública, en los que se funda el régimen republicano”<sup>3</sup>; y se permite “efectuar del mejor modo el control institucional sobre los representantes de la sociedad”<sup>4</sup>. Sólo así será posible la existencia de un verdadero régimen democrático.

Por tanto, y en palabras del Tribunal Constitucional, “si el Estado democrático de derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente éste no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo. Uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes”<sup>5</sup>.

## 2. Posición preferente del derecho de acceso a información pública

Con base en esta especial significación social y política atribuida al derecho de acceso a información en entidades públicas, el Tribunal Constitucional ha terminado por reconocerle la categoría de *libertad preferida* que ya predicara anteriormente de las libertades de expresión e información<sup>6</sup>. Así, para el Máximo intérprete de la Constitución peruana, “al igual que lo afirmado respecto de las libertades de información y expresión,

<sup>2</sup> Exp. 1797–2002–HD/TC, citado, f. j. 11. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>3</sup> Exp. 2579–2003–HD/TC, de 06 de abril de 2004, f. j. 5.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Sólo por citar un ejemplo, tiene manifestado el Tribunal Constitucional que “El Tribunal Constitucional ha señalado que las libertades de información y expresión constituyen libertades preferidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues su ejercicio es consustancial al régimen democrático. Ellas permiten la libre circulación de ideas y, por tanto, contribuyen a la formación de la opinión pública”. Exp. 1048–2001–AA/TC, de 09 de octubre de 2002, f. j. 2.

(...), cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida”<sup>7</sup>. Y es que el Alto Tribunal de la Constitución admite unas “trascendentales funciones que el derecho de acceso a la información pública está llamado a cumplir en la consolidación del Estado democrático de Derecho”<sup>8</sup>.

Se apresura –y con razón– el Tribunal Constitucional a aclarar que esta preferencia que se predica del derecho de acceso no supone admitir de modo general y abstracto que existan unos derechos jerárquicamente superiores a otros de forma que una supuesta colisión entre unos y otros se resuelva siempre a favor del que tiene una mayor jerarquía. Dice el mencionado Tribunal que “[t]odos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales”<sup>9</sup>.

Negada la jerarquía general y abstracta del derecho, y afirmada su posición preferente, lo que en buena cuenta propone el Tribunal Constitucional es una jerarquía *ad casum*, es decir, una preferencia del derecho en referencia siempre al caso concreto. Por eso es que ha manifestado que “ante una colisión entre ellos [los derechos constitucionales], la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”<sup>10</sup>.

### *3. Consecuencias de la posición preferente del derecho de acceso a información en entidades públicas*

Siempre dentro del razonamiento del Máximo intérprete de la Constitución peruana, el carácter de libertad preferida que le atribuye al derecho de acceso a la información pública, supone la aceptación de consecuencias generales y abstractas. Esas consecuencias serán al menos las siguientes dos. Primera, que frente a una actuación legislativa referida al contenido constitucional del derecho de acceso, el control de constitucionalidad será mucho más *intenso* que el control que se operará sobre la constitucionalidad de normas que afecten al contenido constitucional de libertades o derechos no preferidos. Y segunda, que los actos –normativos o no– del poder político que incidan sobre el contenido constitucional del derecho preferido carecen de la presunción de constitucionalidad.

Así dijo el Alto Tribunal de la Constitución: “tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, *esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso*, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad,

<sup>7</sup> Exp. 1797–2002–HD/TC, citado, f. j. 11.

<sup>8</sup> Exp. 1219–2003–HD/TC, citado, f. j. 6.

<sup>9</sup> Exp. 1797–2002–HD/TC, citado, f. j. 11.

<sup>10</sup> *Ibidem*.



sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad”<sup>11</sup>.

Estos son pues los principales elementos que componen la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la posición preferente predicada del derecho de acceso a la información en entidades públicas. Corresponde plantear una respuesta a estos elementos, la misma que se intentará formular en las páginas siguientes.

### III. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA POSICIÓN PREFERENTE

#### 1. *Todos los derechos constitucionales tienen un mismo rango y un mismo valor jurídico constitucional*

La doctrina de la posición preferente del derecho de acceso a la información en entidades públicas es un criterio jurisprudencial que no es del todo correcto, al menos no desde una perspectiva constitucional. Acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que todos los derechos tienen un mismo rango constitucional. Sin embargo, admitido esto, parece ser que el Tribunal no admite que todos los derechos constitucionales tengan un mismo valor jurídico constitucional, pues, si lo admitiese no tendría razón de ser hablar de derechos o libertades preferidas.

El Tribunal acierta en considerar que todos los derechos recogidos en la Constitución tienen un mismo rango porque la Constitución peruana no diferencia, por ejemplo como lo hace la Constitución española, entre derechos constitucionales fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales<sup>12</sup>. En el ordenamiento constitucional peruano es indistinto hablar de derechos constitucionales, de derechos fundamentales y de derechos humanos, sencillamente porque todos ellos tienen un mismo rango constitucional, de ahí que la expresión adecuada –al menos en el ordenamiento peruano– para referir a los derechos de la persona recogidos en la norma fundamental es sencillamente “derechos constitucionales”<sup>13</sup>.

Por otro lado, el Tribunal no acierta al no considerar que todos los derechos fundamentales tienen materialmente un mismo valor, lo que les hace a todos ellos igualmente imprescindibles para hablar de existencia digna del hombre. Si los derechos fundamentales se definen como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad

<sup>11</sup> *Ibidem*. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>12</sup> Así por ejemplo, Pérez Tremps es de la opinión que “no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales (...) [S]ólo los derechos consagrados en los arts. 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales”. PÉREZ TREMP, Pablo. *Los derechos fundamentales*. En: AA. VV. “Derecho Constitucional I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 143.

<sup>13</sup> cfr CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Universidad de Piura – ARA editores, Lima 2003, ps. 30–31.

humanas”<sup>14</sup>, entonces todos los derechos fundamentales son necesarios para hablar de existencia digna del hombre. En el caso peruano, todos los derechos constitucionales (fundamentales, sociales y políticos), ayudan necesariamente a la existencia digna del hombre. Todos son elementos valiosos y necesarios en el intento de lograr el más pleno desarrollo de la persona.

Es verdad que hay derechos que se vincularían más directa o fuertemente con la constitucionalmente reconocida “dignidad humana” (artículo 1 CP) que lo que estarían otros derechos. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de conciencia (artículo 2.3 CP) parece estar más vinculado a la dignidad del hombre que el derecho constitucional de iniciativa legislativa o de referéndum (artículo 2.17 CP). Parece que la dignidad del hombre se llega a resentir más cuando se desconoce la libertad de conciencia que cuando se lesiona el derecho de referéndum.

Sin embargo, esta constatación no puede significar –al menos no jurídicamente– que los derechos que estarían vinculados más directamente a la dignidad humana sean derechos superiores y que están por encima de derechos menos relacionados con la referida dignidad humana. Esta constatación que es más bien de índole filosófica, no tiene como consecuencia jurídica –al menos en el ordenamiento constitucional peruano– la categorización (ni abstracta ni concreta) de derechos constitucionales, como si existiesen unos derechos de primera y otros derechos de segunda categoría.

Se trata de hacer realidad el mandato constitucional por el cual la persona humana es el fin y el Estado y la sociedad son simplemente un medio (artículo 1 CP). ¿Qué significa que la persona humana es el fin? Significa que la existencia digna del hombre es el fin; pero el hombre no tiene otra manera digna de existir que no sea en el intento de conseguir su más pleno desarrollo. Y, desde un punto de vista jurídico, el hombre alcanza un más pleno desarrollo en la medida que las *exigencias* de la dignidad humana sean lo más plenamente satisfechas, es decir, en la medida que se favorece la más plena vigencia de todos los derechos fundamentales por igual.

Dentro de este marco argumentativo se hace inaceptable la existencia de derechos o libertades preferidas. Hablar de ellas necesariamente exige reconocer que existen derechos o libertades *no preferidas*. Y hablar de preferencia de derechos o libertades exige hablar de jerarquía de derechos o libertades. Y ¿porqué se hace necesario hablar de jerarquía de derechos? Normalmente se acude a la jerarquía de derechos (general o abstracta y concreta) para dar soluciones a los llamados conflicto de derechos<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 48.

<sup>15</sup> Cfr. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, Pamplona 2000, ps. 106–119.



De las declaraciones del Tribunal Constitucional citadas anteriormente, las consecuencias que el Máximo intérprete de la Constitución obtiene de predicar su doctrina de libertades preferidas respecto del derecho de acceso a la información, no han sido la de prevalencia sobre otros derechos constitucionales, tal y como ocurrió con el caso de la libertad de información respecto de derechos como el honor o la intimidad. Las consecuencias han sido otras, referidas más bien al control de la constitucionalidad de los actos (normativos o no) que afectasen al derecho de acceso a la información.

Sin embargo, se ha de advertir que una vez propuesta la posición preferente de un derecho, se está en condiciones de *sobreponerlo* por encima de otros derechos, como inconstitucional, injusta y perjudicialmente hace el Tribunal Constitucional con la libertad de información sobre derechos como el honor y la intimidad<sup>16</sup>. Por ahora las consecuencias que ha extraído el mencionado Tribunal no han hecho prevalecer el derecho para con base en una supuesta posición preferente justificar verdaderas lesiones al contenido constitucional de derechos no preferentes, pero se debe advertir, y principalmente al llamado a ser el Máximo defensor de la Constitución y de los Derechos de la persona –el Tribunal Constitucional–, para que asuma con cuidado y responsabilidad los distintos casos en los que entre en juego el derecho de acceso a la información en entidades públicas, de modo que no ocurra que por salvar un derecho sacrifique otro derecho constitucional.

Sería mejor que el Tribunal Constitucional dejase de lado su doctrina sobre la posición preferente de algunos derechos constitucionales por los peligros e inconvenientes que de ahí se desprenden. Si el Tribunal Constitucional quiere llegar a las mencionadas consecuencias sobre el control de la constitucionalidad de los actos que afecten el derecho de acceso a la información en entidades públicas, no tiene que acudir a la doctrina de las libertades preferidas, porque esas consecuencias tienen su justificación en otro lado, como a continuación se tratará de argumentar.

## 2. No existen los supuestos controles más intensos

Las consecuencias que el Tribunal Constitucional hace derivar del supuesto carácter preferente de derechos como el derecho de acceso a información en entidades públicas no son –no deberían serlo– exclusivas de los llamados derechos preferentes o libertades preferidas, sino que deberían ser predicadas por igual de todos los derechos de rango constitucional. ¿De qué se está hablando cuando se habla de controles de la constitucionalidad de intensidad distinta? Todas las normas –legales o infralegales– deben ajustarse a la Constitución para su vigencia efectiva. Y los controles que sobre ellas se hagan deben tener siempre una misma y única *intensidad*, más aún cuando se trata de derechos constitucionales; pues existe un único grado de inconstitucionalidad: lo que

---

<sup>16</sup> El Tribunal Constitucional tiene justificado la afectación de derechos constitucionales por la optimización que predica de la libertad de información por considerarla una libertad preferida. Así tiene dicho el Tribunal Constitucional: “cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales”. Exp. 0905–2001–AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 11.

contradice a la Constitución es inconstitucional, no es *más* o *menos* inconstitucional porque no es viable una gradación en el calificativo de inconstitucional de una acción (normativa o no).

No es posible aceptar que el control de la constitucionalidad de las normas (e incluso de los actos del poder público distintos a los normativos) se realice de una manera e intensidad determinadas para unos derechos y de otra diferente (menos intensa) para otros derechos, como lo propone el Tribunal Constitucional. No es posible aceptar que sólo cuando se trate de actos que están referidos al contenido constitucional de los llamados “derechos preferidos”, se aplique un control especial basado en el principio de proporcionalidad o de razonabilidad, dejando prácticamente en el desamparo a los “derechos no preferidos”, porque se entendería que no se controlaría con igual *atención* o *intensidad* la constitucionalidad de los actos (normativos o no) que afecten a los derechos.

No admitir esto que se ha dicho significaría tanto como aceptar que los derechos constitucionales vinculan de manera distinta (unos más intensamente que otros) al poder político. Y esto no sólo es constitucionalmente errado, sino que además es un peligro. Porque de esto a admitir como “constitucionales” transgresiones, restricciones o sacrificios de los derechos *menos favorecidos* o *menos intensamente protegidos*, hay sólo un paso y además bien corto.

Por tanto, no es posible hablar de gradaciones de intensidad en la aplicación de los controles de la constitucionalidad de los actos que afecten derechos constitucionales. Todos los derechos de la persona constitucionalmente reconocidos deben ser igualmente protegidos mediante unos mismos mecanismos; y en su defensa el operador jurídico debe manifestar una misma diligencia y entusiasmo. De lo contrario se estaría jerarquizando derechos, y jerarquizar derechos significa jerarquizar personas<sup>17</sup>.

### 3. Causas de la desaparición de la presunción de constitucionalidad

En lo que respecta a la otra de las consecuencias que el Tribunal Constitucional hacia derivar de la supuesta posición preferente del derecho de acceso a la información, ¿qué significa que desaparece la presunción de constitucionalidad de los actos que afectan los derechos preferidos? Hablando del derecho de acceso, ha dicho el Tribunal Constitucional que “[e]sta presunción de inconstitucionalidad de la ley que lo restringe se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su

<sup>17</sup> SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. La Ley, Buenos Aires 2000, ps. 94–96.



inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado”<sup>18</sup>.

Sin embargo, esta desaparición de la presunción de constitucionalidad o afirmación de la presunción de inconstitucionalidad que obliga al Estado a probar o fundamentar que existe un apremiante interés que justifica el no proporcionar la información solicitada, no es realmente consecuencia de la limitación o restricción de un supuesto *derecho superior*. Si se quiere predicar la desaparición de esta presunción hay que acudir a otros fundamentos relacionados más bien con la naturaleza del derecho de acceso a la información en entidades públicas.

#### A) La significación del derecho como derecho constitucional

Uno de esos fundamentos es la significación como derecho constitucional del derecho de acceso a la información pública, al menos por las dos siguientes razones. La primera razón es que en la medida que se trata de un derecho constitucional, el derecho de acceso a la información en entidades públicas cuenta con una dimensión objetiva en su contenido constitucional por la que, en un estado calificado como “social” (artículo 43 CP), se obliga al poder público a promover la plena vigencia de los derechos fundamentales<sup>19</sup>. Como bien se ha escrito, “en un Estado social la tutela de los derechos fundamentales no se traduce en que los poderes públicos se abstengan de interferir en la esfera privada delimitada por tales derechos –que era la pretensión del Estado liberal–, sino en que los poderes públicos deben actuar positivamente para promover de manera activa el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los particulares”<sup>20</sup>.

Es esta dimensión la que avala la exigencia de que el poder estatal deba justificar toda medida que suponga una limitación del derecho fundamental. Más aún cuando, como ocurre en el caso que ahora se comenta, lo contrario significaría colocar en una posición bastante gravosa al ciudadano a quien se le ha negado la información solicitada. Es una posición gravosa y desventajosa porque se le estaría exigiendo adivinar las razones que llevaron al poder estatal a considerar que la entrega de una determinada información lesionaría el interés general (concretizado como seguridad nacional, por ejemplo), con las nefastas consecuencias que ello supondría para la defensa del derecho constitucional limitado. Todo esto, de concretarse, significaría el quebrantamiento del reconocido por el mismo Tribunal Constitucional “deber especial de protección” que tiene asumido el poder

<sup>18</sup> Exp. 1797–2002–HD/TC, citado, f. j. 11.

<sup>19</sup> Sobre la dimensión objetiva de los derechos constitucionales cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos constitucionales*. En: “Revista de Derecho de la Universidad de Piura”, vol 3–2002, ps. 40–51.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *El art. 9.2 y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales*. En: “Revista de las Cortes Generales”, n° 40, 1997, p. 119.

público con respecto a todos los derechos fundamentales<sup>21</sup>, y con él, la vulneración del contenido constitucional del derecho en su dimensión objetiva. Y no podía ser de otra forma cuando el mismo constituyente peruano ha dispuesto como uno de los deberes primordiales del Estado peruano el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 CP)<sup>22</sup>.

La segunda razón que apela a la significación constitucional del derecho como base de la consecuencia presentada por el Tribunal Constitucional de desaparición de la presunción de constitucionalidad es el principio de interpretación constitucional *pro libertatis* o *pro homine*<sup>23</sup>. Este principio, que anima la vigencia e interpretación de las normas constitucionales que recogen derechos constitucionales, exige optar por la interpretación más favorecedora para la plena vigencia de los derechos constitucionales, y esa interpretación pasa por que el poder público fundamente e incluso –de ser el caso– pruebe que determinado acto –normativo o no– que niega el acceso a determinada información pública, es un acto constitucional por ser razonable y proporcionado. Incluso, este principio constitucional exige que en los casos concretos aunque el que se dice agraviado en su derecho constitucional no haga una adecuada defensa de su derecho, el juez debe declarar fundada la demanda cuando de lo presentado a través del proceso de hábeas data brota el convencimiento para el juez de que la agresión al derecho constitucional es real<sup>24</sup> (principio *iura novit curia*, recogido en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional)<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Es doctrina asentada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la existencia de un “especial deber de protección” que tienen atribuidos los poderes públicos hacia los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, tiene dicho el Tribunal Constitucional que “los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos”. Exp. 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 5.

<sup>22</sup> En referencia al deber especial de protección de los derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha dicho que “tal ‘deber especial de protección’ al cual se encuentran obligados todos los órganos del Estado, sin excepción, se halla constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’; y, en forma por demás significativa, en el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual ‘Son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos’”. Exp. 0858–2003–AA/TC, de 24 de marzo de 2004, f. j. 7.

<sup>23</sup> Sobre este principio cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Palestra, Lima 2004, ps. 28–44.

<sup>24</sup> Se debe tener en cuenta que en muchos de estos casos, la cuestión será una de simple derecho, en la que no se exige realizar actividad probatoria alguna, y lo que realmente prevalecerá será la presencia o ausencia de la especial formación y vocación para proteger igualmente todos los derechos constitucionales que tenga el juez.

<sup>25</sup> Para Peyrano, este principio se define como “la necesaria libertad con la que debe contar el sentenciante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rijan el caso. Libertad que subsiste aún en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones”. PEYRANO, Jorge. *El Proceso Civil*. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 96.



B) La finalidad del derecho de acceso a la información pública

Otro de los fundamentos que pueden presentarse como verdadera razón de la desaparición de la presunción de constitucionalidad de la actuación estatal mencionada por el Tribunal Constitucional, es la finalidad misma que tiene el reconocimiento del derecho de acceso a la información. Este derecho otorga a su titular la facultad de acceder a la distinta información que se haya producido y conservado en algún banco de datos de alguna dependencia pública. A partir de aquí se puede afirmar que la finalidad que define y singulariza este derecho es permitir la transparencia en la actuación estatal, de manera que ésta pueda ser conocida y hasta fiscalizada por quien es el titular del poder político, los ciudadanos.

Pues bien, desde esta afirmación se puede argumentar las siguientes dos razones que colocan el sustento de la desaparición de la presunción de constitucionalidad en el fin del derecho de acceso a la información y no en su supuesto estatus preferente. En primer lugar, la mencionada finalidad de este derecho se vería negada e impedida de ser lograda si se permitiese que el mismo poder público estableciera libre y arbitrariamente que determinada información no puede ser facilitada a la ciudadanía. Y eso se estaría produciendo si a su vez se permitiese que el poder público –a través de alguna de sus dependencias– estableciese que determinada información no puede ser suministrada sin justificarlo o pretendiendo justificarlo con argumentos que no se condicen con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En segundo lugar, si la finalidad es la transparencia en la actuación estatal entonces la regla general debe ser la entrega de la información solicitada y la excepción el secreto o la confidencialidad. Estas serán constitucionalmente válidas sólo si están debidamente justificadas, justificación que corre por cuenta del encargado de conservar la información que es la dependencia pública. En efecto, en casos como el que atañe al derecho de acceso a la información en entidades públicas, el ente público (legislativo, administrativo o judicial) encargado de calificar una información como reservada siempre tiene que hacerlo motivadamente, y con unas razones que sean válidas debido a que en este campo rige el principio de publicidad y, en caso de duda, se ha de estar a favor de la entrega de la información y no a favor de la constitucionalidad de la calificación como información secreta, reservada o confidencial de la información. Con carácter general ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional que “la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”<sup>26</sup>.

C) Justifica y prueba quien alega la limitación del derecho

Finalmente puede presentarse un tercer fundamento: el Estado debe *probar el apremiante interés público*, debe *justificar la existencia del apremiante interés público*, y debe *probar la necesidad de mantener en reserva una información*, no porque se trate de

<sup>26</sup> Exp. 2579–2003–HD/TC, citado, f. j. 5.

un derecho preferido, sino simplemente porque es el Estado quien alega el *apremiante interés público* y la *necesidad de reservar una información*. Y como se sabe, la regla general es que quien alega, fundamenta y prueba lo que alega, incluso –de ser el caso– prueba lo que alega, salvo casos excepcionales que no es el referido al derecho constitucional que se comenta ahora. Esto ocurrirá siempre así, al margen y con independencia del “valor” del derecho constitucional que se pretende *restringir* con el no suministro de la información solicitada. Por ello, si el ente estatal es quien considera que una información debe ser calificada como secreta o confidencial negando la entrega de la información, entonces será esa misma entidad estatal la encargada de justificar su decisión y no el ciudadano que sufre las consecuencias de esa negativa.

Si el ente estatal no ha argumentado válidamente la justificación de su negativa a entregar la información solicitada, no habrá más salida que considerar vulnerado el derecho constitucional de acceso a la información pública. Como ha tenido oportunidad de declarar el Tribunal Constitucional, “en ese sentido, y como quiera que *la entidad demandada no ha expresado razones objetivas y razonables para no proporcionar la información requerida*, como consecuencia de que con ello se vaya a afectar el derecho a la intimidad, personal o familiar de terceros, ni una ley o razones de seguridad nacional impiden, en principio, que se proporcione la información que el demandante ha solicitado, este Tribunal Constitucional considera que se ha acreditado la violación, por omisión, del derecho constitucional reconocido en el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado”<sup>27</sup>.

Y es que “el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad”<sup>28</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Por todo lo argumentado hasta aquí, debe desecharse cualquier razonamiento que directa o indirectamente lleve a sobre poner unos derechos sobre otros. Si todos los derechos constitucionales tienen un mismo valor normativo y todos vinculan a sus destinatarios, no tiene ninguna relevancia jurídica hablar de derechos o libertades preferidas, ni en abstracto ni en las circunstancias que definen el caso concreto. De lo que hay que hablar es de derechos constitucionales que tienen un contenido limitado y determinable, el cual no puede ser restringido ni limitado por ningún acto del poder político, normativo o no. Sólo apelando al contenido constitucional de los derechos, y otorgándole eficacia plena a ese

<sup>27</sup> Exp. 1071–1998–HD/TC, de 02 de junio de 1999, f. j. 5. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>28</sup> Exp. 0905–2000–HD/TC, de 13 de diciembre de 2000, f. j. 6.



contenido, nos daremos cuenta que los contenidos constitucionales no son incompatibles entre sí y que más bien permiten una vigencia conjunta y armoniosa de todos los demás derechos constitucionales, mejor dicho, de sus contenidos constitucionales<sup>29</sup>.

Si bien el Tribunal Constitucional aún no ha predicado la posición preferente del derechos de acceso a la información para justificar agresiones o sacrificios de otros derechos constitucionales (como lo ha hecho con la libertad de expresión y el derecho a la intimidad o al honor), no se debe dejar de advertir que la doctrina de la posición preferente sólo puede traer soluciones inconstitucionales cuando no también injustas, al pretender la existencia de derechos no preferentes, una suerte de derechos de segunda clase. Habrá que estar atentos, entonces, al desenvolvimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto. Como se ha argumentado líneas arriba, si el Tribunal Constitucional pretende predicar un especial control de la constitucionalidad de los actos que afecten al derecho de acceso a la información, no será necesario que adopte ningún postulado de su doctrina de la *posición preferente*.

---

<sup>29</sup> Sobre esta forma de entender los derechos constitucionales como poseedores de un contenido limitado que se ha de determinar en cada caso concreto véase SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...*, ob. cit., ps. 37–75.